

GIORGIO PINO*

Tre concezioni della costituzione

In questo saggio intendo esplorare tre modi di intendere la costituzione, o meglio la parte “sostanziale” della costituzione, quella che contiene un elenco di diritti e principi fondamentali (il *bill of rights*), anziché la parte “istituzionale” sull’organizzazione dei poteri dello stato (il *frame of government*). I tre modi di intendere la costituzione a cui farò riferimento possono essere condensati rispettivamente nelle formule “costituzione come limite” (o modello della costituzione “per regole”), “costituzione come fondamento” (o modello della costituzione “per principi”), e “costituzione come assiologia” (o modello della costituzione “per valori”)¹. Tutti e tre questi modi di intendere la costituzione sono variamente rintracciabili nella cultura giuridica italiana recente – diciamo, nella cultura giuridica degli ultimi quaranta anni – e questo sarà il contesto giuspolitico e temporale che in linea di massima farà da sfondo al mio discorso.

Prima di addentrarci nella descrizione di ciascuno di questi tre modelli, sono opportune alcune precisazioni preliminari a mo’ di vademecum.

1. Tre precisazioni preliminari

La prima precisazione è che, come anticipato poco sopra, la mia analisi sarà circoscritta alle sole vicende della cultura giuridica italiana recente; tuttavia, modelli analoghi a quelli che cercherò di ricostruire sono rinvenibili anche in altre culture giuridiche attuali, come quella tedesca, quella spagnola, quella americana. È solo per mia comodità – per la mia maggiore familiarità con la letteratura e la giurisprudenza italiana – che ho deciso di limitare il mio discorso al contesto italiano, limitando a pochi sporadici esempi i riferimenti ad altre culture giuridiche contemporanee.

La seconda precisazione è che – come risulta chiaro già dal fatto che mi occuperò della cultura giuridica italiana recente, più o meno degli ultimi quaranta anni – in questo saggio avrò riguardo ad un contesto culturale in cui la costituzione è inequivocabilmente percepita *come fonte del diritto*, e come *superiore*, in qualche senso², alla legge e in generale alle altre fonti. In altre parole, cercherò di ricostruire tre modi di guardare alla costituzione come documento propriamente giuridico anziché –

* Professore di Filosofia del diritto, Università di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza | giorgio.pino@unipa.it | www1.unipa.it/gpino. Una versione precedente di questo scritto è stata presentata nell’ambito del “Seminario Albert Calsamiglia”, Universitat Pompeu Fabra, Barcellona, 14-15 maggio 2015. Ringrazio tutti i partecipanti all’incontro per le loro osservazioni e in particolare Giorgio Maniaci, José Juan Moreso, Pietro Salemi, Aldo Schiavello, Isabel Trujillo, Chiara Valentini, Vittorio Villa, Matija Žgur.

¹ Queste etichette rielaborano alcuni spunti già presenti in G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 335-337; e in G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 31, 2002, pp. 865-897; Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, cap. V. Come risulterà chiaro dal seguito del saggio, è invece molto remota l’affinità tra il primo modello e ciò che Ronald Dworkin chiama “modello delle regole” (cfr. R. Dworkin, *The Model of Rules I* (1967), in Id., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1978²).

² È noto che il concetto di “superiorità”, di una fonte o di una norma rispetto ad altre fonti o ad altre norme, non è univoco: si possono dare diversi tipi di relazione di superiorità, con differenti conseguenze. In argomento, v. R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 241-254; G. Pino, *Norme e gerarchie normative*, in «Analisi e diritto», 2008, pp. 263-299; Id., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, cap. II.

ad esempio – come documento politico, o come regime politico di uno stato, o come struttura fondamentale di un ordinamento, e simili³.

Da questa delimitazione di campo deriva, peraltro, che resterà fuori dalla mia analisi anche l'insieme di discorsi sul ruolo della Costituzione rintracciabili nella cultura giuridica italiana immediatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione stessa (1948) – e prima dell'inizio delle attività della Corte costituzionale (1956). Come è noto, in questa fase i giuristi manifestano atteggiamenti ambigui verso la neonata costituzione, frutto *quantomeno* della fatica di parte della cultura giuridica a metabolizzare quella che per l'ordinamento italiano era una assoluta novità istituzionale; mi riferisco a tesi e dottrine come quella della distinzione tra norme costituzionali immediatamente precettive, norme costituzionali precettive ad applicazione differita, e norme costituzionali solo programmatiche; o alla tesi che la costituzione avrebbe dispiegato una vera e propria prevalenza gerarchica (e cioè una capacità di invalidazione delle leggi sulla base del criterio della *lex superior*) solo nei confronti delle leggi ad essa successive, mentre riguardo alle leggi ad essa previgenti essa avrebbe potuto solo determinarne l'abrogazione tacita (cioè sulla base del criterio della *lex posterior*)⁴. Non ripercorro qui queste vicende non perché le consideri prive di interesse – in realtà, esse sono molto indicative sia dei modi in cui le ideologie etico-politiche influenzino profondamente il lavoro dei giuristi, sia delle molteplici scappatoie (o, detto in maniera più neutra, delle molteplici alternative) che il diritto positivo e la cultura giuridica offrono ai giuristi nel loro lavoro quotidiano sulle fonti. Piuttosto, ho deciso di lasciarle fuori dal quadro di questa discussione perché esse testimoniano di un modo di vedere svalutativo nei confronti della *giuridicità* della costituzione: l'attribuzione a gran parte delle norme costituzionali di una natura solo programmatica (e cioè di indirizzo per il solo legislatore) tradisce infatti una palese fatica a considerare la costituzione come operante all'interno del discorso giuridico, e una sua piena cittadinanza solo sul piano dei principi e dei rapporti politici. Peraltro, la dottrina delle norme costituzionali programmatiche o quella dell'abrogazione tacita delle norme anteriori si possono pacificamente considerare come ormai del tutto abbandonate dalla cultura giuridica italiana attuale.

La terza precisazione è che le varie concezioni della costituzione che passerò in rassegna non rilevano solo *come concezioni della costituzione in sé*, per così dire. Esse rilevano anche e soprattutto con riguardo alle tecniche interpretative e argomentative che esse determinano: ciascuna di queste concezioni infatti si accompagna a certe tecniche interpretative, a certi stili di argomentazione (o anche *alla messa al bando* di certe tecniche interpretative, o di certi stili di argomentazione)⁵, o anche all'attribuzione di un certo compito interpretativo solo ad un organo e non ad altri. Questo è per certi versi abbastanza ovvio, ma la cosa interessante è che talvolta l'uso di certe tecniche interpretative o stili di argomentazione, ad esempio in sede giudiziale, è l'unica o la principale spia della concezione della costituzione sottostante⁶. Inoltre, insieme alla questione delle tecniche

³ Per una ricognizione di alcuni di questi significati non strettamente giuridici – o più politici che giuridici – di “costituzione”, v. V. Crisafulli, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. I, 1975, pp. 1030-1039; M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982; G. Floridia, *‘Costituzione’: il nome e le cose*, in «Analisi e diritto», 1994, pp. 131-152; P. Comanducci, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento*, in AAVV, *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, *Saggi storici*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 173-208; Id., *Interpretazione della costituzione*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 97-123; R. Guastini, *Fonti del diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 119-143.

⁴ Per una ricostruzione di queste vicende, v. ad esempio G. Ballardore Pallieri, *La costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in «Il Foro padano», 1954, IV, pp. 33-64 (spec. pp. 49-50); L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 134 ss.; V. Zagrebelsky, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia 30. Legge, diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, t. 2, pp. 713-790; S. Bartole, *La Costituzione è di tutti*, il Mulino, Bologna, 2012, cap. II.

⁵ Per l'idea che l'interpretazione della costituzione sia condizionata dalla sottostante concezione della costituzione, v. L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 173-204.

⁶ Assumendo che la costituzione si sovrapponga almeno in parte alla norma di riconoscimento hartiana, i tre modelli di costituzione qui ricostruiti corrispondono a tre norme di riconoscimento parzialmente diverse. Per l'idea che la norma di riconoscimento può essere individuata solo a partire dalle pratiche di individuazione del diritto da parte delle corti, v. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, 1994², p. 110; per l'idea che normalmente la norma di

interpretative e argomentative, qui viene in gioco anche la questione dell'individuazione del soggetto istituzionale cui deve essere attribuita in via prioritaria oppure anche esclusiva l'opera di *determinatio* – di concretizzazione, specificazione, attuazione – delle norme costituzionali: se solo il legislatore oppure anche i giudici (e, tra i giudici, se solo la corte costituzionale o anche i giudici comuni)⁷: ciascuno dei modelli che passerò in rassegna ha implicazioni su questa questione.

Ciò detto, ricostruirò adesso i tre modelli di costituzione e di argomentazione costituzionale, al fine di renderne visibili le rispettive ricadute nelle argomentazioni di giuristi e di filosofi del diritto.

2. *La costituzione come limite: il modello delle regole*

La concezione della costituzione come limite può essere riassunta nell'idea che la funzione della costituzione consiste nell'operare come una sorta di cassaforte, dentro la quale vengono assicurati certi beni che vengono sottratti alla libera disponibilità del legislatore.

Questa semplice idea, che si basa su una intuizione del tutto ovvia su cosa sia una costituzione (a che altro può servire una costituzione rigida e garantita, se non a legare le mani al legislatore ordinario, a collocare certe cose al di là della portata della quotidiana politica maggioritaria?⁸), dà luogo ad una fitta serie di conseguenze: relativamente al modo in cui le disposizioni costituzionali dovrebbero essere formulate, all'interpretazione e agli interpreti delle disposizioni costituzionali, alla divisione del lavoro tra legislatore ordinario, giudici comuni, e Corte costituzionale. Vediamo.

Raffigurare la costituzione come un limite alla legislazione vuol dire offrire (o presupporre) una sorta di divisione dello spazio giuridico – e di conseguenza una divisione del lavoro tra i diversi operatori giuridici. Una parte dello spazio giuridico è occupata dalla costituzione; un'altra parte dello spazio giuridico è occupata dalla legislazione ordinaria. Nell'ambito di questa concezione, questi due spazi vengono concepiti come separati e tutto sommato indipendenti l'uno dall'altro: il diritto civile, il diritto amministrativo, il diritto tributario, il diritto penale, le procedure, vengono raffigurati come ambiti del tutto autonomi rispetto alla costituzione, ciascuno con le proprie logiche, i propri istituti e i propri principi ispiratori (i “principi generali” a cui fa riferimento l'art. 12 delle preleggi).

La legislazione viene dunque concepita come un'attività tendenzialmente libera nei fini, rimessa al libero gioco della politica democratica, che può solo subire dei limiti *esterni*; questi limiti esterni sono i diritti previsti nella costituzione. Normalmente il legislatore si trova in uno spazio “costituzionalmente indifferente”, al cui interno può muoversi liberamente. La legittimazione ad adottare liberamente le scelte legislative all'interno di questo spazio deriva, tipicamente, dall'investitura democratica, e si estende fino a che, occasionalmente, essa non incida su un bene protetto dalla costituzione. Così, la funzione di limite per la legislazione entra in gioco solo in caso di manifesto contrasto con un chiaro precetto costituzionale.

Ora, a partire da questo sfondo si dipanano alcune interessanti conseguenze, come dicevo, per quanto riguarda la formulazione delle disposizioni costituzionali, la loro interpretazione, e anche i contenuti normativi che della costituzione dovrebbero far parte. Infatti, la divisione dello spazio giuridico (e del lavoro giuridico) tra legislazione e costituzione, e i loro rispettivi interpreti, può reggere solo se la linea di divisione è disegnata in maniera relativamente chiara, ed è mantenuta tale dagli interpreti.

Dunque, la prima conseguenza riguarda per l'appunto la formulazione testuale delle disposizioni costituzionali: una concezione della costituzione come limite, o secondo il modello delle regole, richiede che il testo costituzionale sia formulato in maniera chiara, precisa, con diritti

riconoscimento si sovrapponga alla costituzione, M. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford U.P., Oxford, 2004, pp. 110-114; G. Pino, *Farewell to the Rule of Recognition?*, in «Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho», 5, 2011, pp. 265-299.

⁷ Cfr. in proposito B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013, cap. IV.

⁸ Cfr. ad es. S. Holmes, *Constitutions and Constitutionalism*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. by M. Rosenfeld and A. Sajó, Oxford U.P., Oxford, 2012, a p. 189. Si vedano inoltre le idee dei diritti fondamentali come “sfera dell'indecidibile” (L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 48), o come “coto vedado” (E. Garzón Valdés, *Representación y democracia*, in «Doxa», 6, 1989, pp. 143-164).

dall'ambito di applicazione ben delimitato⁹.

La seconda conseguenza riguarda non il testo costituzionale in sé, ma piuttosto il modo in cui gli interpreti si dovrebbero rapportare al testo costituzionale (gli "atteggiamenti" degli interpreti, avrebbe detto Giovanni Tarello). Da questo punto di vista, la concezione della costituzione come limite richiede che gli interpreti trattino le norme ricavabili dal testo costituzionale come un insieme (non di principi ma) di regole¹⁰. Per comprendere più chiaramente questo punto, è opportuno ricordare:

a) che un modo alquanto plausibile di tracciare la differenza tra (norme che sono) regole e (norme che sono) principi riguarda proprio il grado di precisione e di determinatezza della fattispecie e della conseguenza della norma interessata: le regole sono norme caratterizzate dalla relativa *precisione e determinatezza* sia della fattispecie sia della conseguenza giuridica ad essa associata, mentre i principi sono norme caratterizzate dalla relativa *genericità e indeterminatezza* sia della fattispecie sia della conseguenza giuridica ad essa associata¹¹; dunque è evidente che le esigenze di precisione dell'ambito costituzionale associate a questo modello saranno meglio soddisfatte dalla qualificazione (e dall'uso: cfr. poco sotto, alla lettera d)) delle norme costituzionali come regole;

b) che la qualificazione di una norma in termini di "regola" oppure di "principio" dipende dall'interpretazione: è l'interprete che decide se qualificare una norma come regola o come principio, ovviamente nell'ambito dei margini di accettabilità e plausibilità delle argomentazioni giuridiche operanti nella cultura giuridica di riferimento¹². Ora, al fine di qualificare la norma estraibile da una disposizione costituzionale come una regola, occorrerà fare ricorso a tecniche interpretative idonee a delimitare con precisione sia l'ambito di applicazione della norma costituzionale sia le sue conseguenze giuridiche; e a tal fine l'interprete si dovrà mantenere fedele alla formulazione strettamente letterale della disposizione, oppure (se l'enunciato costituzionale è formulato in maniera vaga ed indeterminata) assoggettarla ad interpretazione restrittiva. Le tecniche argomentative utili a tal riguardo potranno essere l'argomento del significato letterale, l'argomento dell'intenzione del legislatore (costituzionale), l'argomento storico, l'argomento della costanza terminologica (per cui ad un termine potenzialmente vago presente in costituzione viene attribuito il significato che si è consolidato con riferimento a quello stesso termine quando figura in fonti infra-costituzionali)¹³;

⁹ L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2010, pp. 2771-2816 (spec. p. 2815); ma v. già A.C. Jemolo, *Che cos'è la costituzione* (1946), Donzelli, Roma, 1996, pp. 59-60.

¹⁰ Cfr. in tal senso A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 83-113; L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit. (ma per un successivo aggiustamento di questa idea v. L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 112-122). Cfr. anche A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in «University of Chicago Law Review», vol. 56, 1989, pp. 1175-1188.

¹¹ Un'altra differenza (che sarà maggiormente rilevante *infra*, § 3) tra regole e principi riguarda la dimensione dell'importanza: a parità di condizioni, i principi sono di solito considerati come norme dotate di particolare importanza, mentre le regole sono considerate come strumentali all'attuazione dei principi. Per queste caratterizzazioni della distinzione regole/principi, v. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III; Id., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 11, 2011, pp. 75-110.

¹² V. in proposito L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, cit., p. 178; C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford U.P., Oxford, 1996, p. 20; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 62-63. Quanto affermato nel testo assume che vi sia una differenza percepibile tra a) un testo che, per la sua formulazione (uso di termini tecnici, precisi, ben definiti magari da parte del testo normativo stesso, ricorso a grandezze numeriche e misurabili), sia maggiormente idoneo ad esprimere regole; b) un testo che, per la sua formulazione (uso di termini vaghi, generici, valutativi), sia maggiormente idoneo ad esprimere principi; e infine c) un testo che, per la sua formulazione, sia parimenti idoneo ad entrambe le letture. Beninteso, gli interpreti possono pur sempre decidere di trarre principi da un testo di tipo a), così come di trarre regole da un testo di tipo b), ma in questi casi l'onere di argomentazione sarà solitamente maggiore rispetto all'operazione opposta e, in assenza di un consenso di fondo tra gli attori giuridici, l'operazione potrà risultare cervelotica, inaccettabile.

¹³ Sul ricorso all'intenzione dei costituenti nell'interpretazione costituzionale, v. M. Dogliani, *Il «posto» del diritto costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 525-544 – oltre ovviamente alla letteratura statunitense, che progressivamente sta acquisendo un notevole livello di sofisticazione, sull'*original intent*. Per un esempio di ricorso all'argomento storico, a quello dell'intenzione del legislatore, e al modo in cui i termini rilevanti vengono intesi a livello legislativo, al fine di giustificare un'interpretazione restrittiva del termine "famiglia" nell'art. 29 cost., vedi Corte costituzionale n. 138/2010.

c) che dalla qualificazione di una norma come regola oppure come principio discendono alcune conseguenze sul piano applicativo e argomentativo: tipicamente, le regole si prestano ad applicazione sussuntiva e sono tendenzialmente resistenti di fronte a possibili eccezioni implicite, mentre i principi, come vedremo, aprono la possibilità di argomentazioni di tipo ponderativo (bilanciamento, ragionevolezza, suscettibilità di eccezioni implicite...). Di conseguenza, i diritti previsti nel testo costituzionale vengono soggetti ad una operazione di “categorizzazione”, nel senso che sono riformulati secondo uno schema precisamente delineato di fattispecie e conseguenza. La costituzione contiene così un insieme di diritti fondamentali ben determinati, “forti”, la cui applicazione ai casi concreti ha le fattezze di una sussunzione, e non di un bilanciamento¹⁴.

Infine, la terza conseguenza è che il modello della costituzione come limite non incide solo sulla formulazione e sull’interpretazione delle disposizioni costituzionali, ma può anche investire il loro contenuto – cosa, in altre parole, ci si può aspettare di trovare dentro una costituzione. Infatti, questo modello porta con sé una intuitiva preferenza per un tipo di diritti fondamentali – i diritti di libertà (libertà di manifestazione del pensiero, di religione, di iniziativa economica, diritto di proprietà, *habeas corpus*...), in quanto diritti che – secondo questo modo di vedere – richiedono una mera astensione del legislatore, e non un intervento attivo, promozionale da parte di quest’ultimo. Se la funzione essenziale dei diritti di libertà consiste nel creare spazi inviolabili di intangibilità a favore dei privati nei confronti dei pubblici poteri, ivi incluso il legislatore ordinario, allora è intuitivo che una costituzione intesa secondo il modello del limite dovrà consacrare principalmente, e forse esclusivamente, diritti di questo tipo: la costituzione, cioè, sarà lo strumento giuridico per assicurare l’invulnerabilità di certi diritti di libertà nei confronti del legislatore. Principalmente, e forse esclusivamente: sì, perché nelle versioni più radicali, questo modello può comportare la conseguenza di screditare la presenza in costituzione dei diritti sociali. I diritti sociali, infatti, non possono funzionare solo come un limite negativo per il legislatore, ma sono bisognosi di interventi positivi di sviluppo e di attuazione. I diritti sociali dunque sembrano porsi nei confronti del legislatore non solo come barriere invalicabili, ma come guida della sua azione futura. E questo potrebbe rendere più confusa e sfumata quella divisione del lavoro, o dello spazio giuridico, tra costituzione e legislazione su cui questo modello si basa. La quadratura del cerchio, nel caso specifico, viene trovata di solito negando natura propriamente giuridica ai diritti sociali: che vengono declassati a diritti “di carta”, proprio perché nessuna conseguenza propriamente giuridica sembra seguire dall’inadempienza del legislatore verso queste parti della costituzione.

Dunque, e per concludere, in base al modello della costituzione come limite, o modello delle regole, alla divisione dello spazio giuridico tra costituzione e legislazione è associata una divisione del lavoro tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni.

Il legislatore, come abbiamo visto, si muove in uno spazio collaterale, quasi neutro, rispetto alla costituzione. Nelle versioni più radicali di questo orientamento, il legislatore ha rispetto alla costituzione (ai diritti costituzionali) un ruolo passivo, di astensione, coniugato ad un obbligo di attivarsi per assicurare le infrastrutture di tutela giuridica (apparati giurisdizionali e di ordine pubblico) dei diritti costituzionali stessi; in altre parole, in questa accezione il legislatore non è chiamato ad attuare “in prima persona” i diritti, ma piuttosto a predisporre le “garanzie secondarie” che entrano in gioco quando i diritti sono violati¹⁵. Nelle versioni meno radicali (che cominciano a sfumare verso il secondo modello, che vedremo subito) spetta al legislatore un ruolo di primo piano, e sostanzialmente monopolistico, nell’amministrazione dei diritti costituzionali – non solo con

¹⁴ Esempi di questo modello di amministrazione dei diritti fondamentali sono particolarmente visibili nella giurisprudenza costituzionale statunitense: cfr. F. Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States*, cit.; L. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry (ed. by), *Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge U.P., Cambridge, 2007, pp. 83-113; M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge U.P., Cambridge, 2013, spec. capp. 3 e 5. Ma anche la giurisprudenza costituzionale italiana, anteriormente al dilagare della *age of balancing*, aveva adottato un approccio di questo tipo con la dottrina dei “limiti naturali” dei diritti costituzionali: cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 158.

¹⁵ Per la nozione di garanzie (primarie e) secondarie, cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 196-198, 668-701 (la nozione di garanzia secondaria introdotta da Ferrajoli è lievemente diversa da quella impiegata nel testo).

riguardo ai diritti sociali, ma a ben vedere con riguardo a tutti i diritti¹⁶; beninteso, il legislatore dovrà occuparsi della necessaria *regolamentazione* dei diritti costituzionali (ad esempio, dovrà assicurarne le condizioni di compostibilità, predisporre quelle reciproche limitazioni che consentono a ciascuno di esercitare i propri diritti), con scelte sostanzialmente discrezionali e rimesse alla sua responsabilità politica.

Il ruolo delle corti emerge *solo* se il legislatore eccede i limiti dell'innocua e anche inevitabile regolamentazione dell'esercizio dei diritti, andando ad incidere sulla sostanza dei diritti stessi (cioè mettendo in atto una *violazione* dei diritti coinvolti¹⁷); in tal caso, ai giudici ordinari spetterà di denunciare la violazione alla Corte costituzionale, e a quest'ultima spetterà di intervenire con una declaratoria di incostituzionalità della legge¹⁸. Né i giudici comuni né la Corte costituzionale devono, secondo questo modello, atteggiarsi a co-legislatori: hanno una funzione "difensiva", ma non possono partecipare attivamente al processo di attuazione della costituzione. La Corte costituzionale sarà, kelsenianamente, un puro legislatore negativo. Ai giudici comuni è preclusa l'applicazione diretta delle norme costituzionali: anche in caso di lacune, di inerzia del legislatore nel dare attuazione ai diritti costituzionali, i giudici comuni dovranno restare in fiduciosa (o rassegnata) attesa dell'intervento del legislatore¹⁹.

3. La costituzione come fondamento: il modello dei principi

Il secondo modello di costituzione considera le norme costituzionali non più (solo) come un limite alla legislazione, ma piuttosto come il "fondamento" di tutto l'ordinamento giuridico²⁰: la costituzione è vista come un insieme di principi capaci di penetrare in tutti i settori del diritto, e di rimodellare le categorie giuridiche proprie dei vari settori del diritto infra-costituzionale. La costituzione non è considerata come il documento che disciplina una più o meno delimitata "materia costituzionale", ma piuttosto come un progetto di società giusta, che come tale è destinato a dispiegare effetti su tutta la società, sulle relazioni giuridiche e su quelle politiche²¹.

In base a questo modello, dunque, non c'è una netta divisione tra la costituzione e il resto dell'ordinamento giuridico, ma anzi una tendenziale compenetrazione: la costituzione contiene principi destinati ad irradiarsi su tutto l'ordinamento. La legge pertanto non è assistita da una sorta di presunzione di libertà d'azione (fin tanto che non contrasti palesemente con una norma costituzionale), ma è invece sottoposta ad una continua verifica di compatibilità con i principi costituzionali, e ad un continuo adeguamento ai principi costituzionali.

Anche nell'ambito di questo modello si possono individuare specifiche conseguenze con riferimento alla formulazione del testo costituzionale, alla struttura delle norme costituzionali, e ai modi dell'interpretazione e applicazione della costituzione.

¹⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *La teoria del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2012, 2, pp. 229-252 (spec. p. 244); Id., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., pp. 68, 69, 113.

¹⁷ Per la distinzione, notoriamente problematica, tra regolamentazione e violazione di un diritto, v. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., pp. 108-114.

¹⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., p. 2793: «Nel modello del costituzionalismo giuspositivista, la riparazione delle lacune e delle antinomie nelle quali esse si manifestano non è affidata all'attivismo interpretativo dei giudici, *ma solo alla legislazione*, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune, e all'annullamento delle norme invalide, e perciò alla giurisdizione costituzionale per quanto riguarda le antinomie» (corsivo aggiunto).

¹⁹ Cfr. ancora Corte costituzionale n. 138/2010, punto 8: «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette...»; e anche Tribunale Roma 16 dicembre 2006, in «Foro italiano», 2007, I, cc. 371 ss. (caso Welby: si ammette l'esistenza a livello costituzionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma si evidenzia la mancanza di specifici strumenti legislativi per il suo esercizio).

²⁰ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 335-337.

²¹ F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991, p. 2; V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova, 1995, pp. 305-310 (che parla in proposito di "costituzione totale"); M. Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in «German Law Journal», vol. 7, 2006, pp. 341-369.

Quanto alla formulazione del testo costituzionale, una costituzione che risponde al modello del “fondamento” conterrà disposizioni fraseggiate in termini vaghi, generici, indeterminati, con ampio uso di formule connotate in senso etico-politico²²; conterrà inoltre un elenco piuttosto lungo ed eterogeneo di diritti, interessi, beni costituzionalmente rilevanti, obiettivi sociali ecc. (sarà una costituzione “lunga”).

Per quanto riguarda la struttura delle norme costituzionali, questo modello le qualifica (non come regole, ma) come principi²³. E i principi sono norme caratterizzate da un elevato grado di genericità, indeterminatezza, e importanza. Queste caratteristiche – esattamente come nel caso delle regole – sono per un verso il frutto di scelte interpretative, e per altro verso condizionano le successive attività argomentative e applicative nelle quali sono utilizzati principi. Infatti, la qualificazione di una norma come principio dipende, come abbiamo già visto, dall’interpretazione²⁴; più precisamente, per qualificare una norma come principio si metteranno in campo tecniche quali il rifiuto dell’interpretazione letterale (e, a maggior ragione, di quella restrittiva) delle disposizioni costituzionali, il ricorso all’interpretazione estensiva, l’uso dell’interpretazione evolutiva, dell’analogia, il rifiuto dell’argomento *a contrario*. Il risultato complessivo sarà un’interpretazione espansiva, o sovra- o iper-interpretazione, delle disposizioni costituzionali²⁵: ciò, ovviamente, al prezzo di un notevole allentamento del vincolo offerto dalla formulazione testuale delle disposizioni costituzionali, e dell’inclusione sul piano costituzionale di innumerevoli norme implicite (non espresse chiaramente dal testo della costituzione²⁶). Dunque, la qualificazione delle norme costituzionali come principi è strettamente associata all’idea che la costituzione non sia un universo di discorso strettamente e chiaramente delimitato, ma sia piuttosto un ambito dinamico, che si evolve nel tempo, e che si espande contemporaneamente in una duplice direzione: al di fuori dei rigidi confini del testo della costituzione stessa, e verso tutti i settori dell’ordinamento giuridico²⁷.

Inoltre, intendere la costituzione come fondamento, e le norme costituzionali come principi, determina varie importanti conseguenze sul piano argomentativo e applicativo che gravitano attorno al modo di intendere il rapporto tra norme costituzionali e norme infra-costituzionali. A questo proposito si possono individuare alcune idee fondamentali²⁸ – concettualmente distinte, ma tra loro solidali nel ruolo che svolgono in questa rinnovata cultura giuridica.

La prima idea è l’efficacia “orizzontale” di principi o diritti costituzionali, cioè la loro applicabilità anche ai rapporti tra soggetti privati, e non solo tra i cittadini e lo Stato, o tra gli organi dello Stato (superando nettamente la concezione “moderna” della costituzione); le norme costituzionali, o almeno alcune di esse, sono considerate idonee a regolare immediatamente anche rapporti tra privati (*Drittwirkung*)²⁹.

La seconda idea è l’applicazione diretta della costituzione da parte dei giudici comuni. La nozione di

²² Si ricordi in proposito quanto già precisato *supra*, nt. 12.

²³ Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 148 ss.

²⁴ G. Zagrebelsky, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 881 («anche norme costituzionali formulate come regole sono spesso intese, nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali, come principi»).

²⁵ G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 337; R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 284-294; Id., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 245-246.

²⁶ Se ne vedano alcuni esempi in R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 254-257.

²⁷ Infatti, «è sempre considerata giustificata l’interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale» (R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (cur.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 192). Sulla «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali» v. P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, p. 41.

²⁸ Per una ricostruzione più dettagliata cfr. R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 238-267.

²⁹ In proposito, L. Paladin, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in «Rivista di diritto civile», 1993, I, pp. 19-39 (spec. pp. 34-38); M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, cit., pp. 71-72; R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 306-309.

Alcuni esempi: Corte costituzionale n. 122/1970 («non è lecito dubitare che la libertà di manifestare il proprio pensiero debba imporsi al rispetto di tutti, delle pubbliche autorità come dei consociati, e che nessuno possa recarvi attentato senza violare un bene assistito da rigorosa tutela costituzionale»); n. 184/1986 («diritto alla salute come diritto pienamente operante anche nei rapporti di diritto privato»; v. anche n. 559/1987); n. 17/1987 (*Drittwirkung* dell’art. 37 cost.); n. 404/1988 (applicazione tra privati del diritto fondamentale implicito all’abitazione); n. 11/1956 (l’art. 13 cost. configura un diritto soggettivo perfetto valevole anche verso i privati).

applicazione diretta viene spesso confusa con quella, appena vista, degli effetti orizzontali, ma si tratta in realtà di due idee distinte: la questione degli effetti orizzontali infatti riguarda l'ambito di applicazione dei diritti e principi costituzionali (in termini hohfeldiani, l'individuazione del soggetto su cui ricade la posizione soggettiva correlativa a ciascun diritto costituzionale), mentre la questione dell'applicazione diretta si riferisce ai soggetti competenti a rendere effettivi quei diritti e principi. È perfettamente concepibile che una costituzione contenga principi che si applicano anche ai rapporti tra privati, ma la cui attuazione spetti esclusivamente al legislatore – il che, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, sarebbe in effetti congruente con qualche versione moderata del primo modello di costituzione. Per converso, in un ordinamento a controllo di costituzionalità “diffuso”, i giudici ordinari possono facilmente applicare anche disposizioni costituzionali che non riguardano rapporti tra privati. In letteratura questi due profili invece sono spesso confusi sotto l'unica etichetta della “applicazione diretta della costituzione”: si confonde in altre parole “applicazione diretta” (da parte dei giudici comuni) con “effetti diretti” (nei rapporti tra privati). Mentre (solo) la Corte costituzionale ha il potere di dichiarare l'incostituzionalità di una legge, i giudici comuni hanno il potere e forse il dovere di utilizzare la costituzione a vari fini interpretativi e argomentativi. Questa seconda idea, inoltre, si salda agevolmente con la precedente, con la conseguenza che il giudice comune è ritenuto competente ad applicare le norme costituzionali anche a rapporti tra soggetti privati, per risolvere dispute tra soggetti privati.

L'applicazione diretta delle norme costituzionali può essere messa in atto in vari modi³⁰:

a) ricercando direttamente in una norma costituzionale la disciplina di un certo rapporto (o, più probabilmente, di qualche suo elemento), al fine di colmare una lacuna (e quindi sfruttando una lettura “costituzionalmente orientata” dell'art. 12 preleggi)³¹;

b) utilizzando i principi costituzionali al fine di integrare il significato di clausole generali, di concetti elastici³², e in di generale disposizioni legislative dal significato dubbio (interpretazione adeguatrice);

c) più genericamente, considerando la costituzione come la fonte dei principi informatori dei vari sotto-settori disciplinari – eventualmente effettuando una riconfigurazione, alla luce della costituzione, di specifici istituti e dei principi settoriali di una certa materia³³.

d) effettuando direttamente un bilanciamento tra principi o diritti costituzionali, se richiesto dalle circostanze, senza la mediazione di una regola legislativa (in ipotesi assente).

La terza idea associata a questo modello di costituzione è la possibilità di fare appello a principi costituzionali pressoché in ogni possibile contesto della vita sociale, in ogni possibile conflitto di interessi, e di ridurre o forse eliminare gli spazi costituzionalmente “vuoti”: «pressoché ogni conflitto giuridico si

³⁰ Cfr. M. Dogliani, *Interpretazioni della costituzione*, cit., pp. 69-71.

³¹ Ad es.: l'utilizzazione dell'art. 36 cost. ai fini della quantificazione della retribuzione del lavoratore subordinato (in argomento, S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 166-174); il ricorso ai principi costituzionali per riconoscere il diritto alla riservatezza (Corte di Cassazione, sez. I civ., 27 maggio 1975, n. 2129), il diritto all'identità personale (sez. I civ., 22 giugno 1985, n. 3769, e sez. I civ., 7 febbraio 1996, n. 978; per un'analisi di questa giurisprudenza cfr. G. Pino, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003, cap. III), e il diritto che la volontà del paziente in stato vegetativo in merito ai trattamenti sanitari sia espressa anche dal tutore (sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748) – diritti tutti non espressamente previsti dalla legge.

³² Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, cap. III; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 163-175; Id., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1967, I, pp. 83-125, che ha sostenuto l'utilizzo il principio di solidarietà, ricavato dall'art. 2 cost., al fine di integrare le clausole generali del danno ingiusto (art. 2043 c.c.) e della buona fede (art. 1175 c.c.). Cfr. in proposito G. Pino, *I diritti fondamentali nel prisma dell'interpretazione giuridica*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 20-35. Per la lettura del concetto di “danno ingiusto” alla luce dell'art. 32 cost., cfr. Corte costituzionale n. 184/1986.

³³ Cfr. ad es. S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, il Mulino, Bologna, 1981, parte III (per la rivisitazione dell'istituto della proprietà alla luce dei principi costituzionali). Tra le vicende recenti più note: la reinterpretazione “costituzionalmente orientata” dell'art. 2059 cod. civ. (Corte di Cassazione, sez. III civ., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828; Corte di Cassazione, SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972); l'interpretazione estensiva dell'art. 844 cod. civ. alla luce dell'art. 32 cost. (Tribunale Bologna 20 luglio 1993, in «Foro italiano», 1994, I, c. 206). Ulteriori esempi in G. Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in «Rivista di diritto civile», 1991, I.

trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali [...] Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti»³⁴. In una cultura giuridica che adotta il modello della costituzione come fondamento le possibilità di qualificare un caso come giuridicamente rilevante, alla luce dei principi costituzionali, sono praticamente infinite. Questo perché l'insieme dei principi costituzionali è visto, nel suo complesso, come tendenzialmente esaustivo: una volta che il catalogo costituzionale includa un richiamo generale all'eguaglianza (formale e sostanziale: art. 3) e alla libertà (art. 13), oltre poi a numerosi diritti e principi più specifici, ogni possibile pretesa sarà *prima facie* giuridicamente rilevante³⁵. Tuttavia, il fatto che la costituzione, per le ragioni appena indicate, renda innumerevoli casi giuridicamente (costituzionalmente) rilevanti, non implica automaticamente che la costituzione contenga anche *una precisa risposta* per tali casi: la risposta potrà essere data solo dopo un ragionamento che tenga presenti anche i principi, diritti e beni costituzionali concorrenti.

Ove questa terza idea si presenti, come di fatto accade, congiuntamente alle altre due (l'efficacia tra privati e l'applicazione giudiziale dei diritti costituzionali), l'ovvia conseguenza è che risulta geometricamente dilatata la possibilità per i giudici comuni di invocare principi costituzionali – in qualche loro formulazione o riformulazione – in sede di applicazione diretta della costituzione a rapporti tra soggetti privati.

Infine, come emerge chiaramente da quanto detto fin qui, il modello della costituzione come fondamento attribuisce un ruolo decisamente attivo, interventista, alle corti (Corte costituzionale e giudici comuni), e in capo ai giuristi in generale. In questo modello, infatti, il giurista percepisce sé stesso come impegnato in prima persona nella realizzazione del progetto costituzionale, in sede interpretativa e applicativa, senza dover aspettare alcuna *interpositio legislatoris*; in altre parole, il giurista è parte attiva del processo di “costituzionalizzazione”³⁶ dell'ordinamento e della cultura giuridica. Tutti gli operatori giuridici (non più solo il legislatore) sono chiamati a contribuire alla realizzazione del progetto costituzionale: il legislatore dando specifica attuazione ai precetti costituzionali, le corti ricorrendo all'interpretazione adeguatrice o all'applicazione diretta delle norme costituzionali³⁷. Le corti assumono così un ruolo di attuazione della costituzione, ponendosi quasi in una posizione di concorrenza rispetto al legislatore – concorrenza che può arrivare anche al punto di vere e proprie

³⁴ R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2002, p. 123; cfr. anche L. Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 24, 2004, pp. 47-72 (a p. 51); Id., *Constitucionalismo y garantismo*, in M. Carbonell, P. Salazar (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 41-57 (a p. 248).

³⁵ Alcuni esempi: la recente giurisprudenza italiana sul danno esistenziale, incluso il danno morale da vacanza rovinata, e da perdita dell'animale domestico (su cui v. E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», 2008/2, pp. 269 ss., spec. pp. 292-293); la giurisprudenza costituzionale tedesca sul diritto a dare da mangiare ai piccioni nelle piazze pubbliche o a cavalcare nei parchi pubblici, considerati diritti fondamentali in quanto esplicazione del libero sviluppo della personalità (su cui v. M. Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution?*, cit., p. 348).

³⁶ Per questa espressione, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 337; A. Gambaro, R. Padolesi, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985, t. I, pp. 5-13, a p. 12; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 238-267.

Per una ricostruzione in prospettiva storica della penetrazione del modello di cui stiamo discutendo nella cultura giuridica italiana, cfr. L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 68-76. Si tratta peraltro di una vicenda rintracciabile, in maniera pressoché coeva, anche in altri contesti giuridici occidentali (al netto delle specificità di ciascun contesto gius-politico). Per alcuni cenni comparativi, G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1982, cap. II; E.-W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale* (1991), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 209-262; B. Markesinis, S. Enchelmaier, *The Applicability of Human Rights as between Individuals under German Constitutional Law*, in B. Markesinis (ed. by), *Protecting Privacy*, Oxford U.P., Oxford, 1999, pp. 191-243; A. Heldrich, G. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses*, in D. Friedmann, D. Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford, 2001, pp. 113-128; R. Padolesi, B. Tassone, *Corte costituzionale, fonti e diritto privato: un'analisi comparativa*, in N. Lipari (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, ESI, Napoli, 2006, pp. 475-513; M. Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution?*, cit.

³⁷ Sulla «funzione di conformazione dell'ordinamento legislativo al dettato costituzionale» che spetta alla Corte costituzionale, vedi Corte costituzionale n. 185/1992.

disapplicazioni della legge ritenuta in contrasto con la costituzione, dietro l'apparenza di interpretazioni conformi a costituzione³⁸.

4. La costituzione come assiologia: il modello dei valori

La terza concezione della costituzione rimanda all'idea che la costituzione sia l'espressione di un insieme (non precisamente determinato) di valori. Anche questa idea appare di per sé piuttosto ovvia, visto che la costituzione rappresenta la codificazione dei valori fondativi di un certo ordine politico. Tuttavia in questo terzo modello il rapporto tra costituzione e valori è più complicato, più "ricco", di così.

Infatti, il modello della costituzione come assiologia richiede di guardare direttamente ai valori che emergono dal testo costituzionale, e dunque porta con sé innanzitutto un ulteriore allentamento del vincolo del testo della costituzione (ulteriore, cioè, rispetto a quanto abbiamo appena visto nell'ambito del secondo modello): la formulazione del testo costituzionale è una spia, un indizio dei valori sottostanti, i quali ultimi sono ciò che per l'interprete deve realmente contare. Inoltre, fa normalmente parte di questa concezione l'idea che l'insieme dei diritti e principi espressi dal testo costituzionale abbia una sua intrinseca armonia, che deriva dal fatto che la costituzione presuppone e riflette (spesso in una maniera considerata tutt'altro che esaustiva, ma solo esemplificativa e approssimata per difetto) un ordine oggettivo di valori omogenei³⁹.

Le espressioni più compiute di questo modo di pensare si possono rinvenire nella dottrina formulata dalla Corte costituzionale tedesca sull'ordine oggettivo dei valori (*objektive Wertordnung*)⁴⁰ incorporato dal testo costituzionale, e in particolare dalle disposizioni che proclamano diritti fondamentali. In Italia, questa posizione è riferibile a quella che è conosciuta come "teoria dei valori" o "interpretazione costituzionale per valori"⁴¹: una strategia argomentativa scopertamente etico-sostanziale, che impegna l'interprete a portare alla luce la struttura assiologica profonda della costituzione; il testo costituzionale viene considerato come l'espressione di un nucleo coerente e armonico di valori, una trama assiologica complessa ma comunque lineare e dotata di una sua intrinseca intelligibilità⁴². Echi di questa concezione emergono ripetutamente anche nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale italiana: l'idea di un ordine obiettivo di valori riflesso nella (o presupposto dalla) carta costituzionale è testimoniata sia dal frequente ricorso al lessico dei

³⁸ Cfr. ad es. Tribunale Salerno, sez. I civ., ord. 9 gennaio 2010, n. 191, leggibile sul sito www.biodiritto.org (<http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014>); in merito, C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2010. Questa stessa legge era già stata oggetto di interpretazioni adeguatrici molto spinte da parte di Tribunale Cagliari, sent. 24 settembre 2007, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, pp. 579 ss.; e Tribunale Firenze, ord. 17 dicembre 2007, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, pp. 591 ss.

³⁹ Così, quasi alla lettera, P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, pp. 39, 41, 62, 68.

⁴⁰ Una delle prime formulazioni di questa teoria risale al c.d. "caso Lüth": BverfGE 7, 198 (1958). Su questa giurisprudenza, v. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), il Mulino, Bologna, 2012, pp. 172-176, 555-559; A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 131-161; D. Kommers, *Germany: Balancing Rights and Duties*, in J. Goldsworthy (ed. by), *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 161-214 (spec. pp. 179-183).

⁴¹ Tra gli esponenti di questa posizione, A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in «Politica del diritto», 1991, pp. 639-658; Id., *L'interpretazione della costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001, pp. 215-230; M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 170 ss.; A. Ruggeri, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in «Diritto pubblico», 1998, pp. 1-33; F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 51-81. Per una valutazione critica di questo orientamento, A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit.

⁴² Cfr. ad es. M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit., p. 176. Parla di «armonica unità del sistema posto dalla legge fondamentale della Repubblica», tra le tante, Corte costituzionale n. 106/1962.

“valori”, di solito qualificando come “valore” qualche diritto o principio fondamentale⁴³; sia dall’idea (che come vedremo tra poco è strettamente associata a questa concezione) dei c.d. principi costituzionali supremi, ossia principi costituzionali dotati di un valore gerarchico superiore a tutti gli altri principi costituzionali.

Si tratta nel complesso di un orientamento alquanto eterogeneo, dal quale non è facile estrarre precise direttive interpretative. Alcuni sostenitori della teoria dei valori affermano infatti che i valori rilevanti per l’interpretazione della costituzione sono solo quelli desumibili dal testo costituzionale, mentre altri sostengono che l’indagine assiologica può e deve trascendere il testo della costituzione⁴⁴. Ora, nel primo caso l’individuazione dei valori consiste in una sorta di forma molto spinta di interpretazione sistematica della costituzione⁴⁵, perché richiede di individuare tutti i valori recepiti nel testo costituzionale, e di interpretarli l’uno alla luce degli altri, mentre nel secondo l’individuazione dei valori è descritta come una conoscenza etica oggettiva e quasi scientifica diversa da qualunque attività che possa lontanamente definirsi come interpretativa.

Una volta individuati i valori rilevanti, le principali ricadute a fini interpretativi sono le seguenti: innanzitutto, ogni valore ha un campo di estensione non delimitato né delimitabile (il valore è potenzialmente “tirannico”⁴⁶), dunque l’interpretazione per valori richiede una iperinterpretazione, relativamente libera da vincoli testuali, delle disposizioni che racchiudono o proclamano un valore⁴⁷. Questo porta ad una sorta di “pancostituzionalizzazione”⁴⁸ dell’ordinamento, ulteriormente alimentata dalla possibilità, garantita dal test di ragionevolezza in alcune delle sue possibili articolazioni, di trasformare un ampio spettro di tipo di valutazioni extra-giuridiche (ad esempio, scientifiche, o politiche, o di equità, o di efficienza, o di adeguatezza mezzi-fini) in valutazioni propriamente giuridiche⁴⁹. Per altro verso, siccome la costituzione racchiude più valori (la costituzione è pluralista), valori tutti in cerca di realizzazione⁵⁰, essi dovranno essere applicati con una logica “flessibile” e compromissoria, la logica della ragionevolezza e del bilanciamento⁵¹: andrà cercato, per ogni caso concreto, il migliore (il più giusto) equilibrio tra i valori in gioco. Ovvero: ciascun valore potrà essere limitato in sede interpretativa fintanto che quel limite appare ragionevole alla luce di un altro valore, a prescindere da ciò che dice in proposito il testo

⁴³ Per alcuni esempi recenti, tra i moltissimi che si potrebbero fare, Corte costituzionale nn. 407 e 536/2002 (l’ambiente come valore costituzionale); nonché le sentenze citate *infra*, ntt. 53-66.

⁴⁴ Nel primo senso, M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit., p. 176; A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, cit.; A. Ruggeri, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, cit.; nel secondo senso, N. Lipari, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2003, pp. 865-878.

⁴⁵ R. Guastini, *Sostiene Baldassarre*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2007, pp. 1373-1383.

⁴⁶ C. Schmitt, *La tirannia dei valori* (1967), Adelphi, Milano, 2008.

⁴⁷ Cfr. Corte costituzionale n. 81/1993: «la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità [...] comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo».

⁴⁸ Riprendo il termine da A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1982, pp. 108-114, a p. 108; cfr. anche A. Longo, *Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in «Diritto e società», 2002, pp. 75-149, a p. 134; R. Bin, *Che cos’è la costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 1, pp. 11-52, a p. 29.

⁴⁹ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988², pp. 153-155; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, cit., pp. 262-266.

⁵⁰ Tra i moltissimi esempi che si potrebbero fare, cfr. Corte costituzionale n. 238/1996 (conflitto tra libertà personale ed esigenze relative alla giustizia, entrambe qualificate come valori costituzionali supremi o primari).

⁵¹ Così F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 99-100; A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, cit.; Id., *L’interpretazione della costituzione*, cit.; A. Ruggeri, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, cit., p. 23. Sostiene trattarsi di una forma di giudizio di equità M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 525-544, a p. 532. Si legga inoltre questo passo della recente sentenza della Corte costituzionale n. 85/2013 (c.d. caso Ilva), in cui significativamente compare anche la terminologia di derivazione direttamente schmittiana: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Cfr. anche Corte costituzionale n. 149/1992.

costituzionale⁵². Più in generale, l'idea della ragionevolezza diventa, in questo modello, affatto pervasiva: la ragionevolezza non è solo (come poteva accadere anche nell'ambito del secondo modello) un criterio di valutazione del bilanciamento tra principi o valori confliggenti, ma *un canone generale di interpretazione costituzionale*.

Dunque, dall'idea della costituzione come riflesso di un ordine oggettivo di valori possono scaturire alcune conseguenze notevoli: si può affermare l'esistenza di diritti fondamentali non scritti, purché promananti da quel medesimo ordine assiologico oggettivo che esprime la costituzione; si può affermare l'esistenza di limiti impliciti, non scritti, ai diritti fondamentali proclamati nella costituzione; si può infine affermare l'esistenza di una gerarchia, implicita e immanente, dei principi e diritti costituzionali, gerarchia che consente di riportare l'armonia, istituendo opportuni ordini di priorità, tra beni, valori, diritti apparentemente incompatibili.

L'ultima idea appena menzionata, che consiste nel derivare una gerarchia tra diritti fondamentali, o tra diritti fondamentali e altri beni di rilievo costituzionale, dalla struttura assiologica della costituzione, merita alcune riflessioni ulteriori. In base ad essa, al vertice dell'ordinamento si troverebbero alcuni principi, sovra-costituzionali, o principi costituzionali supremi, che in qualche senso stanno sopra gli altri principi costituzionali "comuni": la gerarchia tra principi costituzionali "supremi" e principi costituzionali "comuni" deriverebbe dal complessivo ordine di valori presupposto dalla costituzione.

In Italia, l'idea dei principi costituzionali supremi ha ricevuto una inequivoca consacrazione da parte della Corte costituzionale nella sentenza 1146/1988, che ha tirato le somme di un orientamento che la stessa Corte, in maniera episodica, andava formando già da più di dieci anni⁵³. Così, la Corte ha di volta in volta ricondotto a questa categoria: il principio dell'unità della giurisdizione (ossia il divieto di istituzione di giurisdizioni speciali)⁵⁴, il principio democratico⁵⁵, i diritti inviolabili della persona umana⁵⁶, il diritto di difesa in giudizio⁵⁷, l'ordine pubblico⁵⁸, la protezione del paesaggio⁵⁹, la laicità dello Stato⁶⁰, la libertà e segretezza della corrispondenza⁶¹, la libertà di coscienza⁶², la libertà personale⁶³. In altri casi poi, e a fini diversi, la Corte ha qualificato alcuni "beni" e interessi come sommi o supremi: la sicurezza dello Stato⁶⁴, le esigenze della giustizia penale⁶⁵, e il diritto alla vita⁶⁶, ad esempio.

Dunque alla categoria dei principi costituzionali supremi appartiene anche il complesso dei diritti cui si conviene la qualifica di "inviolabili". In quanto supremi, tali diritti sono: *a*) sottratti al procedimento di revisione costituzionale (sono limiti impliciti o, secondo alcuni, logici alla revisione costituzionale), e pertanto *b*) tali da poter essere utilizzati dalla Corte costituzionale come parametro

⁵² Cfr. ad es. A. Baldassarre, *L'interpretazione della costituzione*, cit., p. 226, sulla possibilità di limitare ad es. la libertà di manifestazione del pensiero o i diritti di difesa ("valori individuali"), alla luce di "valori comunitari" non necessariamente formulati in maniera esplicita nella Costituzione.

⁵³ Per una ricostruzione del cammino che ha gradualmente condotto la Corte ad affermare l'idea dei principi costituzionali supremi, si vedano F.P. Casavola, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Foro italiano», 1995, V, cc. 153-161; G. Razzano, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 23-39, 61-84.

⁵⁴ Corte costituzionale n. 30/1971.

⁵⁵ Corte costituzionale n. 30/1971.

⁵⁶ Corte costituzionale nn. 183/1973; 170/1984; 1146/1988.

⁵⁷ Corte costituzionale nn. 18/1982; 232/1989; 329/1992

⁵⁸ Corte costituzionale n. 18/1982.

⁵⁹ Corte costituzionale n. 359/1985 («valore primario dell'ordinamento»); n. 151/1986 («valore [...] primario [...] insuscettivo di essere subordinato a qualsiasi altro»).

⁶⁰ Corte costituzionale nn. 203/1989; 259/1990; 195/1993.

⁶¹ Corte costituzionale n. 366/1991 (che, erroneamente, fa risalire tale qualificazione già alla precedente sentenza n. 34/1973).

⁶² Corte costituzionale n. 149/1995 (la libertà di coscienza ha «priorità assoluta e carattere fondante [...] nella scala di valori riconosciuta dalla costituzione»).

⁶³ Corte costituzionale n. 238/1996.

⁶⁴ Corte costituzionale n. 86/1977 («interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro»).

⁶⁵ Corte costituzionale n. 238/1996 («valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità»).

⁶⁶ Corte costituzionale n. 96/1981.

per sottoporre a sindacato di costituzionalità anche le leggi costituzionali e di revisione costituzionale: ciò vuol dire che la gerarchia assiologica così istituita diventa (anche) una gerarchia materiale⁶⁷; c) prevalenti in caso di conflitto con altre norme costituzionali (e quindi in linea di massima sottratti al bilanciamento caso per caso con altri diritti confliggenti)⁶⁸; tuttavia, d) poiché un ordine gerarchico rigido tra principi o diritti costituzionali sarebbe comunque implausibile, la garanzia super-costituzionale – e anche la sottrazione al bilanciamento – non consiste tanto nel divieto di qualsivoglia interferenza con questi diritti o principi, quanto piuttosto nel divieto di pregiudicarne il “contenuto essenziale”⁶⁹.

Ora, la dottrina dei principi supremi ha certamente un nucleo di verità: nulla vieta, infatti, ed è anzi altamente plausibile, che un testo costituzionale contenga al suo interno ordini di preferenza tra gli interessi, gli obiettivi, i valori ecc. che prende in considerazione – che contenga, dunque, gerarchie assiologiche. Ad esempio, è altamente plausibile che nella costituzione italiana attuale le libertà economiche abbiano un peso inferiore rispetto a principi come l'uguaglianza dei cittadini, la dignità personale, e finanche l'utilità sociale (cfr. art. 41 cost.)⁷⁰, e questa può tranquillamente essere presentata come un'interpretazione sistematica della costituzione, a partire dall'analisi di alcune specifiche disposizioni. In altre parole, la costruzione della gerarchia dei valori costituzionali non è necessariamente una posticcia manipolazione del testo costituzionale in sede interpretativa⁷¹.

Però questa costruzione sembra avere anche alcuni punti deboli. In particolare, spesso i principi supremi vengono individuati, in relazione al tipo di questione che la Corte si trova di volta in volta ad affrontare, in maniera alquanto apodittica, come se l'elevazione di un diritto fondamentale a diritto costituzionale “supremo” fosse un dato evidente e non un'operazione in senso ampio interpretativa bisognosa, al pari di qualunque altra, di essere giustificata con una adeguata argomentazione. Tanto più se si tiene conto che le costituzioni pluraliste possono facilmente prestarsi a differenti ricostruzioni assiologiche, in grado di rendere conto in maniera egualmente adeguata dei valori contenuti nel documento costituzionale.

Oltre che apodittica, la costruzione di principi o diritti supremi può risultare, in molti casi, praticamente inutile, o comunque avere effetti pratici assai più ridotti di quanto ci si aspetterebbe. Per comprendere questo punto, occorre ricordare che da ogni diritto fondamentale, basato su principi, rampollano diversi più specifici diritti e obblighi a carico di terzi, non sempre esaustivamente predeterminabili⁷². Se è così, allora ordinare i diritti/principi/valori in una gerarchia troppo rigida potrebbe facilmente portere ad esiti assurdi, perché richiederebbe che ogni diritto specifico derivabile da un diritto/principio/valore supremo prevalga in ogni possibile circostanza su qualsiasi altro diritto e principio

⁶⁷ Cfr. Corte costituzionale nn. 1146/1988, 203/1989.

⁶⁸ Cfr. A. Baldassarre, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. III, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1679-1696, a p. 1694.

⁶⁹ Nella dottrina costituzionalistica, cfr. almeno P. Grossi, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, 1972, pp. 712-731; M. Luciani, *I diritti fondamentali come limiti alla revisione costituzionale*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 121-129; F.P. Casavola, *I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit.; F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., pp. 101-107; Id., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, cit.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 93, 141. Per un esame disincantato di questo orientamento interpretativo (ad oggi probabilmente maggioritario): A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà*, Cedam, Padova, 1990, pp. 109-126; M. Troper, *La nozione di principio sovra-costituzionale*, in «Analisi e diritto», 1996, pp. 255-274; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 379-385.

⁷⁰ Per un più ampio argomento in proposito, M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, 1990, pp. 373-385, spec. pp. 377-379 (il “bilanciamento ineguale” tra le ragioni del calcolo economico e quelle dello sviluppo sociale); G. Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della costituzione alle soglie del XXI secolo*, cit., pp. 231-249, a p. 244.

⁷¹ Come invece sembrano sostenere S. Bartole, *La Corte pensa alle riforme costituzionali?*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1988, pp. 5571 ss.; F. Rimoli, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, spec. pp. 3770-3789.

⁷² Cfr. in proposito G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. IV, § 2.1.

costituzionale non supremo⁷³. Di contro, si possono immaginare molte situazioni in cui è del tutto sensato bilanciare almeno alcune istanziazioni di un diritto fondamentale supremo con altri diritti non supremi, cosa pacificamente ammessa nella pratica della stessa Corte costituzionale, che non esclude in maniera aprioristica di sottoporre a bilanciamento principi supremi e non supremi⁷⁴. È proprio per questo motivo, d'altronde, che i fautori di questa costruzione (inclusa la Corte costituzionale) affermano che l'intangibilità di un diritto o principio supremo riguarda solo il suo contenuto essenziale. E siccome il contenuto o nucleo essenziale di un diritto non è individuabile in astratto, ma solo in relazione ai diritti e principi di volta in volta contrapposti a quel diritto, ecco che la qualificazione di un diritto come supremo aggiunge poco o nulla rispetto ad un normale bilanciamento tra diritti o principi in conflitto: probabilmente, aggiunge solo una presunzione di maggiore importanza del principio o diritto supremo, presunzione tuttavia vincibile in base alle circostanze (specifica modalità di manifestazione del diritto "supremo", diritti e principi concorrenti nel caso, ecc.).

Infine, un ultimo ordine di conseguenze che può essere associato a questo orientamento riguarda la maggiore predisposizione da parte delle corti a "dialogare" con altre corti di altri ordinamenti (il ricorso al c.d. argomento comparatistico nell'argomentazione giuridica e anche costituzionale). Il legame con il modello assiologico è evidente: se la costituzione (la costituzione di un singolo paese) è a ben vedere il riflesso di un ordine di valori, e se come è altamente probabile altre costituzioni riflettono il medesimo ordine di valori, o comunque incorporano gli stessi valori (la dignità, l'eguaglianza, la libertà, l'autonomia, ecc.), allora è scontato che corti di diversi ordinamenti interagiscano tra loro, visto che concepiranno sé stesse come impegnate a concretizzare in sede giudiziaria valori del tutto omogenei.

5. Conclusioni: la normatività della costituzione, una nozione a geometria variabile

In questo saggio ho provato a ricostruire tre modelli o concezioni della costituzione, cercando di evidenziare soprattutto le loro ripercussioni sulle tecniche interpretative e argomentative dei giuristi. Concluderò ora con alcune brevi riflessioni "comparative" tra i tre modelli.

Una prima riflessione riguarda la possibile coesistenza delle tre concezioni che ho passato in rassegna. In punto di fatto, è vero che esse possono essere collocate in un (vago) ordine cronologico: per prima sembra apparire la concezione della costituzione come limite, poi la concezione della costituzione come fondamento, poi ancora la concezione della costituzione come valore. Questo peraltro sembra falsificare la tesi, avanzata ad esempio da Frederick Schauer, secondo cui le giurisprudenze costituzionali "giovani" tendono maggiormente a sviluppare un approccio argomentativo di tipo "ponderativo" e casistico (che qui associo al modello dei principi e in parte a quello dei valori), mentre le giurisprudenze costituzionali più "mature", come quella USA, hanno potuto sviluppare nel corso del tempo un sofisticato apparato di specifiche *doctrines* che operano in maniera *rule-like*⁷⁵. Nonostante la scansione cronologica da me proposta abbia, ritengo, una sua plausibilità descrittiva, non sarebbe comunque esatto pensare che ciascuna concezione successiva abbia interamente *rimpiazzato* quella precedente: ad oggi, per esempio, tutte e tre le concezioni sono rintracciabili nella cultura giuridica italiana. Ma non si tratta solo di questo. In realtà, tra le varie concezioni che isolerò "allo stato puro", possono esserci anche commistioni, combinazioni, sovrapposizioni, zone grigie. È possibile cioè che uno stesso giurista adotti un modello per guardare ad alcune norme della costituzione, e un altro modello per guardare ad altre norme della

⁷³ Sulla implausibilità di una rigida gerarchia astratta tra diritti costituzionali, R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, pp. 15-25.

⁷⁴ Si veda ad es. Corte costituzionale n. 94/1985: «la tutela del paesaggio presuppone, normalmente, la comparazione ed il bilanciamento di interessi diversi» (mentre in altra sede tale valore era stato considerato dalla Corte «valore primario», cfr. *supra*, nt. 59).

⁷⁵ Cfr. F. Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. Nolte (ed. by), *European and US Constitutionalism*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005, pp. 49-69 (spec. pp. 57 ss.).

costituzione⁷⁶. O che alcune tecniche interpretative o decisionali si trovino per così dire a metà strada tra due modelli (che non sia chiaro, cioè, se siano espressive dell'uno o dell'altro modello)⁷⁷. Più in generale, i tre modelli che ho cercato di isolare non devono essere intesi come tre monoliti: ciascuno di essi può avere, e di fatto ha, al suo interno varie sfumature, varie differenze di enfasi. Ciononostante, individuare i tre modelli ha, mi pare, una buona capacità ricostruttiva delle pratiche interpretative e argomentative che si possono riscontrare nella cultura giuridica recente.

Una seconda riflessione riguarda lo status epistemologico, per così dire, delle tre concezioni che ho ricostruito. Come dovrebbe essere chiaro, i tre modelli che ho ricostruito sono marcatamente prescrittivi: pretendono di indicare gli stili di interpretazione e di argomentazione preferibili, la migliore distribuzione del potere di gestione della costituzione tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni, e perfino la tecnica ottimale di redazione del testo costituzionale.

Tuttavia, per strano che possa apparire almeno a chi ha a cuore la distinzione tra essere e dover essere, questi modelli non sono *solo* prescrittivi: hanno anche una parte “descrittiva”. Questa è presente nella pretesa da parte dei sostenitori di ciascun modello (pretesa perfino inevitabile, quantomeno con riferimento alle posizioni delle corti) di sviluppare discorsi che in massima parte riguardano la costituzione *così come essa di fatto è*. Vale a dire che, con l'eccezione delle posizioni spiccatamente riformatrici, di politica del diritto⁷⁸, le proposte articolate all'interno di ciascuno dei tre modelli vengono sempre giustificate in quanto richieste dalla costituzione esistente, o al limite dall'esigenza di mettere quest'ultima, dworkinianamente, “nella sua luce migliore”. Da questo punto di vista, allora, i tre modelli possono essere valutati non solo in relazione al merito delle conseguenze applicative, argomentative, interpretative ecc. che ciascuno di essi comporta, ma anche in relazione alla loro maggiore o minore aderenza alla fenomenologia della costituzione vigente in un certo ordinamento. Da questo punto di vista, e pur riconoscendo che ogni risposta a questa questione non può pretendere di essere “oggettiva”, un pura descrizione di come la costituzione oggettivamente è, mi pare che il secondo modello (il costituzione come fondamento, il modello dei principi) sia quello che aderisce maggiormente alla fenomenologia della costituzione vigente in Italia.

Infine, una terza riflessione riguarda il problema se l'adozione dell'uno o dell'altro di questi tre modelli determini di per sé una maggiore o minore normatività della costituzione. Infatti, anche se ho già avuto modo di osservare che ciascuno dei modelli passati in rassegna non è, al proprio interno, monolitico, e che si possono dare anche alcune possibili ibridazioni fra i tre modelli, mi sembra in linea di massima corretto affermare che dal punto di vista delle tecniche interpretative lo spostamento dalla prima concezione alla seconda e poi alla terza corrisponde ad un progressivo allentamento del vincolo del testo per l'interprete: vincolo che è (presentato come) massimo nel primo modello, medio nel secondo, e assai tenue nel terzo. Dunque, una questione interessante ora è se sia più “forte”, più vincolante una costituzione che venga concepita secondo il modello delle regole, oppure secondo il modello dei principi, oppure secondo il modello dei valori.

La risposta a questa domanda non è affatto facile. In primo luogo perché ciascuno dei tre modelli ha, da questo punto di vista punti forti e punti deboli: ad esempio, il primo modello restituisce dei diritti “forti”, ma dal campo di applicazione piuttosto ristretto; e inoltre limita drasticamente la platea dei soggetti che contribuiscono attivamente all'attuazione della costituzione, e dunque dei diritti costituzionali; di contro il secondo e il terzo modello presentano una costituzione dal contenuto estremamente ampio (addirittura una costituzione “totale”) e che si irradia potenzialmente su tutto l'ordinamento, ma con principi costituzionali “flessibili”, destinati a limitarsi

⁷⁶ Ad esempio, anche se nel testo esprimo una generale preferenza per il secondo modello, mi sembrerebbe preferibile, da un punto di vista di politica del diritto, che le corti adottassero una prospettiva *rule-like*, conforme al primo modello, per quanto riguarda in particolare l'attuazione dei principi costituzionali in materia penale. Ho provato ad argomentare questa posizione in G. Pino, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in «Criminalia», 2015 (in corso di stampa).

⁷⁷ Ad esempio, l'opera di Gustavo Zagrebelsky potrebbe essere collocata per alcuni versi nel secondo modello (per quanto riguarda l'enfasi sul ruolo dei principi costituzionali), e per altri versi nel terzo (per quanto riguarda l'enfasi sul ruolo della ragionevolezza come canone di interpretazione costituzionale).

⁷⁸ Quali quelle che auspicano una riscrittura della costituzione in termini più esatti, precisi, ecc. (v. *supra*, nt. 9 e testo corrispondente).

reciprocamente, o anche ad essere limitati sulla base di considerazioni non chiaramente desumibili dalla costituzione stessa.

E in secondo luogo perché il “valore” dell’attuazione della costituzione – cioè della sua normatività – si trova in ogni caso ad interagire (in maniera diversa in ciascuno dei tre modelli) con il valore della certezza del diritto, il quale a sua volta può essere pure considerato un valore di rilevanza costituzionale, se non altro per il suo collegamento con il principio costituzionale di eguaglianza.

Nel caso specifico della cultura giuridica italiana, credo si possa affermare che la costituzione abbia acquisito maggiore normatività quando ha preso piede il secondo modello, quello della costituzione come fondamento; questo è avvenuto grazie all’attività interpretativa della giurisprudenza e della dottrina, mentre il legislatore manteneva al riguardo una condizione di colpevole inerzia⁷⁹; nella cultura giuridica italiana della seconda metà del ‘900 (in particolare a partire dalla fine degli anni ‘60), la giurisprudenza sia ordinaria sia costituzionale è stata un fattore primario per assicurare la normatività della costituzione, ben più del potere legislativo: la forza precettiva della costituzione è passata esattamente attraverso la costituzionalizzazione della cultura giuridica⁸⁰. È stata proprio la costituzionalizzazione della cultura giuridica, con il suo corredo di pratiche interpretative e argomentative più o meno spericolate (l’interpretazione adeguatrice, l’effetto di irradiazione, l’applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, ecc.) a favorire la sempre maggiore penetrazione della costituzione nell’ordinamento giuridico, a farle acquisire valore pienamente normativo e non solo di invito e programma rivolto al legislatore.

Più in generale, e con tutte le cautele del caso, credo si possa affermare che sia proprio il secondo modello, nuovamente, quello che può assicurare un tendenziale equilibrio tra l’esigenza di attuazione della costituzione, la normatività dei suoi principi, e la controllabilità delle decisioni giudiziarie.

⁷⁹ V. in proposito ad esempio P.F. Grossi, *Attuazione e inattuazione della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁸⁰ Il “manifesto” di questa nuova sensibilità della cultura giuridica italiana è stato certamente V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952